

**Verfassungsrechtliche Prüfung  
der Finanzbeziehungen des Landes Schleswig-Holstein  
zu den Kommunen**

Kurzgutachten

für die  
kommunalen Landesverbände in Schleswig-Holstein  
(Städteverband Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteinischer  
Landkreistag, Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag)

erstellt von

Prof. Dr. Joachim Wieland, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht  
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Juli 2011

## **A. Gutachtauftrag**

Mit dem „Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (KiföG)“ vom 10. Dezember 2008 hat der Bundesgesetzgeber einen weiteren Ausbau der Kindertagesbetreuung beschlossen und die entsprechenden Bestimmungen des Sozialgesetzbuches (SGB) VIII geändert. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe haben aufgrund der Änderungen finanzielle Mehrbelastungen zu tragen.

Als Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmte bis zum Erlass des KiföG der § 69 SGB VIII die Kreise und kreisfreien Städte. Durch das KiföG wurde dies insofern geändert, als die Zuständigkeitsbestimmung nunmehr dem Landesrecht obliegt. Eine solche Zuständigkeitsbestimmung erblickt die Regierung des Landes Schleswig-Holstein in einer – seit dem Jahr 1992 bestehenden – landesrechtlichen Norm im „Ersten Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (JuFöG)“. Aus dieser ergibt sich, dass die Kreise und kreisfreien Städte Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind. Als solche sollen sie nach Auffassung der Landesregierung auch für die Aufgabe der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen verantwortlich sein und die durch das KiföG entstehenden Mehrbelastungen zu tragen haben. Anlass zu einem Ausgleich dieser Mehrbelastungen sieht die Regierung nicht. Insbesondere ergebe sich kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen aus Art. 49 Abs. 2 der Landesverfassung (LV SH), in der das so genannte Konnexitätsprinzip niedergelegt ist. Diese Auffassung hat der Minister für Bildung und Kultur mit Schreiben vom 11. November 2010 der Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Landesverbände in Schleswig-Holstein mitgeteilt.

Vor diesem Hintergrund haben die kommunalen Landesverbände, das sind der Städteverband Schleswig-Holstein, der Schleswig-Holsteinische Landkreistag und der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag, um ein verfassungsrechtliches Kurzgutachten zu den Fragen gebeten, ob ein Anspruch der Kommunen auf Mehrbelastungsausgleich wegen der Kosten durch das KiföG besteht und ob und ggf. auf welchem Wege dieser durchsetzbar ist.

Das folgende Gutachten legt zunächst den Sachverhalt dar (B.), analysiert sodann die verfassungsrechtlichen Vorgaben (C.) und untersucht auf dieser Grundlage das Bestehen und die prozessuale Durchsetzbarkeit eines Ausgleichsanspruchs (D.). Den Abschluss des Gutachtens bildet eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen (E.).

## **B. Sachverhalt**

### **I. Bundesrechtlicher Rahmen**

#### **1. Bundesrechtliche Regelungen betreffend den materiellen Ausbau der Kinderbetreuung**

Art. 1 des „Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG)“ vom 26. Juni 1990

BGBl. I S. 1163, in Kraft getreten am 1. Januar 1991.

regelte in § 24 SGB VIII erstmals, dass „alle Kinder, für deren Wohl eine Förderung in Tageseinrichtungen oder in Tagespflege erforderlich ist, [...] eine entsprechende Hilfe erhalten“ sollen. In Satz 2 hieß es: „Die Länder regeln die Verwirklichung dieses Grundsatzes durch Landesrecht und tragen für einen bedarfsgerechten Ausbau Sorge.“

Durch eine Änderung des § 24 SGB VIII im Jahr 1992

BGBl. I S. 1398.

erhielten Kinder vom vollendeten dritten Lebensjahr bis zum Schuleintritt einen Anspruch auf den Besuch eines Kindergartenplatzes; für Kinder im Alter unter drei Jahren sowie für schulpflichtige Kinder waren nach Bedarf Plätze in Tageseinrichtungen und, soweit für das Wohl des Kindes erforderlich, Tagespflegeplätze vorzuhalten. Des Weiteren hatten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nunmehr darauf hinzuwirken, dass für jedes Kind vom vollendeten dritten Lebensjahr an bis zum Schuleintritt ein Kindergartenplatz zur Verfügung steht, das Betreuungsangebot bedarfsgerecht ausgebaut und ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen vorgehalten wird.

Eine im Kern inhaltsgleiche Regelung enthielt § 24 SGB VIII 1996.

BGBl. 1995 I S. 1775.

Mit dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen „Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder (TAG)“

Vom 27. Dezember 2004, BGBl. I S. 3852.

sollte der Begriff des „bedarfsgerechten“ Betreuungsangebotes in § 24 SGB VIII durch die Vorgabe gesetzlich formulierter Kriterien konkretisiert werden, da die bisherige

Fassung nach Einschätzung des Gesetzgebers „keine spürbare Auswirkung auf die Entwicklung des Platzangebotes in den alten Bundesländern“ gehabt“ hatte:

BT-Drs. 15/3676, S. 34.

§ 24 Abs. 3 SGB VIII 2005 zählte deshalb bestimmte Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen für Kinder unter drei Jahren Plätze in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vorzuhalten waren.

Die bislang letzten vorliegend relevanten Änderungen erfuhr das SGB VIII durch das „Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege (KiföG)“ vom 10. Dezember 2008,

BGBI. I S. 2403, in Kraft getreten am 16. Dezember 2008:

- § 24 Abs. 3 SGB VIII wurde um eine Fallgruppe erweitert: Gemäß § 24 Abs. 3 Nr. 2 lit. a 3. Alt SGB VIII 2008 sind Kinder unter drei Jahren nun auch dann in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege zu fördern, wenn ihre Erziehungsberechtigten Arbeit suchend sind. Die zugleich geänderte Übergangsregelung in § 24a SGB VIII 2008 sieht vor, dass ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe zum stufenweisen Ausbau des Förderangebots für Kinder unter drei Jahren verpflichtet ist, wenn er das nach § 24 Abs. 3 SGB VIII erforderliche Angebot nicht vorhalten kann. Gemäß § 24a Abs. 3 SGB VIII 2008 sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, ab dem 1. Oktober 2010 ein bestimmtes Mindestangebot vorzuhalten.
- Eine weitere Änderung brachte Art. 1 Nr. 5 KiföG: Die Entlohnung der Tagespflegepersonen wurde insofern erhöht, dass die nach § 23 SGB VIII vorgesehene Geldleistung nunmehr gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII 2008 die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Kranken- und Pflegeversicherung enthält. Außerdem ist der Betrag leistungsgerecht auszugestalten (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2a SGB VIII).
- Art. 1 Nr. 7 i.V.m. Art. 10 Abs. 3 KiföG schließlich sieht vor, dass ab dem 1. August 2013 bereits für Kinder, die das erste Lebensjahr vollendet haben, ein Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder Kindertagespflege besteht (§ 24 Abs. 2 SGB VIII 2013).

## **2. Bundesrechtliche Regelung betreffend die Zuständigkeit**

Seit In-Kraft-Treten des KJHG 1991 hatte § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII die Kreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt. Durch Art. 1 Nr. 13 KiföG wurde diese Zuständigkeit für die Bestimmung der örtlichen Träger geändert: Nach § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. werden die Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit Wirkung vom 16. Dezember 2008 durch Landesrecht bestimmt.

Begründet wurde diese Änderung des SGB VIII damit, dass sie der Umsetzung einer verfassungsrechtlichen Vorgabe der Föderalismusreform I diene:

BT-Drs. 16/9929, S. 2 und 11; BT-Drs. 16/10173, S. 16.

Gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG dürfe der Bundesgesetzgeber Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen; der Bund könne deshalb neue und erweiterte Aufgaben im Rahmen der Novellierung des SGB VIII nur schaffen, wenn er auf eine Bestimmung der örtlichen Träger der Jugendhilfe verzichte. Die Bestimmung wurde deshalb dem Landesgesetzgeber überlassen, wodurch von nun an das jeweilige Landesverfassungsrecht entscheide, welche Kostendeckungspflichten gegebenenfalls im Verhältnis zwischen Land und Kommune entstünden.

BT-Drs. 16/9299, S. 17.

Mit der Übertragung der Bestimmungszuständigkeit vom Bund auf die Länder widersprach der Bundestag der Auffassung des Bundesrates. Dieser hatte im Gesetzgebungsverfahren eingewandt, eine Änderung der Zuständigkeitsregel sei überflüssig, da § 69 Abs. 1 SGB VIII 1991 aufgrund des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG auch dann fortgelte, wenn der Bund das Kinder- und Jugendhilferecht materiell weiterentwickle.

Vgl. BR-Drs. 295/08 – Beschluss v. 13. Juni 2008, S. 7.

## **II. Landesrechtlicher Rahmen**

### **1. Das schleswig-holsteinische KiTaG**

Am 12. Dezember 1991 verabschiedete der schleswig-holsteinische Landtag das „Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (KiTaG)“.

GVOBl. S. 651 ff.

Das Gesetz, das am 1. Januar 1992 in Kraft trat, dient gemäß seinem § 3 „der Ausführung der Regelungen zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und Tagespflege nach den §§ 22 bis 26 SGB VIII“. Gemäß § 6 Satz 1 KiTaG planen und gewährleisten die Kreise und kreisfreien Städte „als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ ein bedarfsgerechtes Angebot an Kindertagesstätten und Tagespflegestellen. § 6 Satz 1 KiTaG ist insofern nie geändert worden.

§ 6 Satz 1 KiTaG wurde zuletzt durch das Gesetz zur Ausführung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe und zur Änderung weiterer Rechtsvorschriften vom 15. Dezember 2006 geändert.

GVOBl. S. 346 f.

Hierbei wurde, was für die vorliegende Fragestellung unwesentlich sein wird, nur die Angabe „nach den §§ 23 und 24“ durch die Angabe „nach den §§ 24 und 24a“ ersetzt.

### **2. Das schleswig-holsteinische JuFöG**

Am 5. Februar 1992 erließ der schleswig-holsteinische Landtag das „Erste Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (JuFöG)“, das am 1. April 1992 in Kraft trat (GVOBl. S. 158 ff.). Es dient gemäß seinem § 1 der „Umsetzung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes mit Ausnahme der Regelungen zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (§§ 22 bis 26 SGB VIII)“.

§ 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG bestimmt: „Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die Kreise und die kreisfreien Städte.“

Wie § 6 KiFöG wurde auch § 47 Abs. 1 JuFöG zuletzt durch das Gesetz zur Ausführung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe und zur Änderung weiterer Rechtsvorschriften vom 15. Dezember 2006 geändert.

GVOBl. S. 346 f.

Die Vorschrift wurde dabei nur insofern ergänzt, dass das für die Jugendhilfe zuständige Ministerium seither eine große kreisangehörige Stadt unter bestimmten Umständen auf deren Antrag im Einvernehmen mit dem Innenministerium nach Anhörung des Kreises durch Verordnung zum örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe für ihr Gebiet bestimmen kann. Diese Änderung hat keine Relevanz für den zu begutachtenden Sachverhalt.

## **C. Verfassungsrechtlicher Rahmen**

### **1. Materielles Verfassungsrecht**

Verfassungsrechtlicher Maßstab des zu begutachtenden Sachverhalts ist Art. 49 Abs. 2 LV SH. Dieser lautet: „Werden die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verordnung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet, so sind dabei Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen. Führen diese Aufgaben zu einer Mehrbelastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände, so ist dafür ein entsprechender finanzieller Ausgleich zu schaffen.“

Während Satz 1 eine formelle Kostendeckungsregelung darstellt, da er nur vorsieht, dass der Landesgesetzgeber Bestimmungen zur Deckung der Kosten zu treffen hat, enthält Satz 2 eine materielle Lastenausgleichsregelung. Durch Satz 2 wird das Prinzip der Konnexität zwischen Aufgaben- und Ausgabenverantwortung (sog. Konnexitätsprinzip) zum Ausdruck gebracht.

Vgl. Groth, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Kommentar, 2006, Art. 49, Rn. 17.

Art. 49 Abs. 2 LV SH wurde durch das „Gesetz zur Änderung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“ vom 20. März 1998

GVOBl. S. 150, berichtigt S. 194, in Kraft getreten am 31. März 1998.

in die Landesverfassung aufgenommen. Er ersetzt die Vorgängernorm, Art. 49 Abs. 2 LV SH 1990, die lautete: „Soweit den Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben übertragen werden, aus denen Ausgaben erwachsen, ist die Bereitstellung der erforderlichen Mittel zu regeln.“

GVOBl. S. 398.

Während die ältere Fassung eine „eher unbestimmte Kostenregelungspflicht“ enthielt, formuliert die Neufassung ein „striktes Konnexitätsprinzip“.

BVerfGE 103, 332 (363).

## **2. Verfassungsprozessrecht**

Verfassungsprozessrechtliche Grundlage für die Durchsetzbarkeit eines möglichen Anspruchs der Kreise und kreisfreien Städte gegen das Land ist Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 LV SH. Danach entscheidet das Landesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen der Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 46 Abs. 1 und 2 durch ein Landesgesetz (Kommunalverfassungsbeschwerde).

## **D. Verfassungsrechtliche Bewertung**

Die Kreise und kreisfreien Städte sind nach geltender Rechtslage in Schleswig-Holstein nicht zur Erfüllung der Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen verpflichtet. Da sie die Aufgabe dennoch erfüllen, haben sie einen Erstattungsanspruch gegen das Land (I.). Unterstellt man, abweichend von dieser Auffassung, das Bestehen einer Aufgabenträgerschaft der Kreise und kreisfreien Städte, haben diese im Hinblick auf die Mehrbelastungen durch das KiföG Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich der Kosten durch das Land (II.).

### **I. Aufgabenträgerschaft nach geltendem Recht**

Die Kreise und kreisfreien Städte in Schleswig-Holstein haben derzeit nicht die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen (1.). Zuständig ist das Landesministerium für Bildung und Kultur (2.). Diese Rechtslage kann der schleswig-holsteinische Gesetzgeber, der zur Delegation der Aufgabe nicht verpflichtet ist, beibehalten (3.). Sollte er sich stattdessen entscheiden, die Kreise und kreisfreien Städte als Aufgabenträger zu bestimmen, hätte er die Vorgaben des Art. 49 Abs. 2 LV SH zu beachten (4.). Da die Kreise und kreisfreien Städte die fragliche Aufgabe seit dem 16. Dezember 2008 erfüllen, obwohl das Land zuständig ist, haben sie Anspruch auf Kostenerstattung durch das Land (5.).

#### **1. Keine Aufgabenträgerschaft der Kreise und kreisfreien Städte**

Eine Trägerschaft der Kreise und kreisfreien Städte für die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen ergibt sich weder aus dem SGB VIII n.F. aus dem Jahr 2008 (a.) noch aus dem JuFöG (b.). Auch die Regelungen des KiTaG begründen keine Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte (c.).

### **a. Keine Aufgabenträgerschaft aufgrund des SGB VIII**

Bis zum 16. Dezember 2008 ergab sich aus §§ 69 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 24 SGB VIII, dass die Kreise und kreisfreien Städte die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen innehatten. Denn gemäß § 69 SGB VIII a.F. waren sie die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, zu deren Leistungen nach § 2 Abs. 2 SGB VIII auch Angebote zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege nach den §§ 22 bis 26 SGB VIII gehörten.

Seit dem 16. Dezember 2008 werden die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gemäß § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. dagegen durch Landesrecht, und damit nicht mehr durch das SGB VIII, bestimmt.

### **b. Keine Aufgabenträgerschaft aufgrund des JuFöG**

Eine Aufgabenträgerschaft der Kreise und kreisfreien Städte für die Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen ergibt sich auch nicht aus dem JuFöG. Sie folgt – anders als der wissenschaftliche Dienst des Landes Schleswig-Holstein in seinem Gutachten vom 12. Dezember 2010

LT Umdruck 17/1515, S. 5 ff.

und die Landesregierung

Vgl. Schreiben des Ministers für Bildung und Kultur v. 11. November 2010, S. 2.

annehmen – insbesondere nicht aus § 47 Abs. 1 JuFöG.

Zwar bestimmt § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Kreise und die kreisfreien Städte. Die Vorschrift mag auch seit der Änderung des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII im Jahr 2008 ihren deklaratorischen Charakter verloren und eine konstitutive Wirkung entfaltet haben. Sie bezieht sich aber nicht auf die in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestaltete Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen.

§ 47 Abs. 1 JuFöG hat weder direkt die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen zum Gegenstand noch gilt die Norm im Anwendungsbereich des KiTaG mittelbar.

Dass das JuFöG die Aufgabe der Förderung von Kindern und Kindertagesstätten und Tagespflegestellen nicht direkt regelt, ergibt sich explizit bereits aus dem in § 1 JuFöG niedergelegten Zweck des Gesetzes: Danach dient das JuFöG der „Umsetzung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes *mit Ausnahme der Regelungen zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (§§ 22 bis 26 SGB VIII)*“ (Hervorhebung durch Verfasser). Jedenfalls der direkte Anwendungsbereich des § 47 JuFöG ist damit auf außerhalb der §§ 22 bis 26 SGB VIII normierte Regelungsbereiche des SGB VIII beschränkt.

Aber auch mittelbar ist die Bestimmung des § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG nicht auf den Regelungsgegenstand des KiTaG anwendbar. Im KiTaG findet sich kein ausdrücklicher Verweis auf das JuFöG oder einzelne seiner Normen. Zudem sprechen systematische Erwägungen, die Gesetzesbegründungen und die Entstehungsgeschichte der beiden Normen gegen seine Anwendbarkeit:

Zunächst ist festzuhalten, dass das JuFöG und das KiTaG normhierarchisch auf derselben Stufe stehen, sodass nicht schon aus der Hierarchie ein Einfluss von Regelungen des JuFöG auf das KiTaG herzuleiten ist.

Bei dem JuFöG und dem KiTaG handelt es sich zudem um inhaltlich streng von einander getrennte Gesetze, die ihrem Zweck nach jeweils bestimmte, sich nicht überschneidende Bereiche des SGB VIII umzusetzen bestimmt sind (vgl. § 1 JuFöG und § 3 KiTaG). Entsprechend beschreibt der Gesetzentwurf der Landesregierung zum JuFöG

LT Drs. 12/1594 vom 16. August 1991, S. 1.

den Bezug zum KiTaG wie folgt: „Wegen der besonderen Bedeutung des Bereichs der Kindertagesstätten und der Kindertagespflege wird dazu ein *gesonderter* Gesetzentwurf durch das Ministerium für Soziales, Gesundheit und Energie erarbeitet“ (Hervorhebung durch Verfasser).

Schließlich spricht gegen eine Bestimmung der Trägerschaft der im KiTaG geregelten Aufgabe durch eine Regelung des JuFöG auch die Entstehungsgeschichte der beiden

Gesetze. Zwar verliefen die Gesetzgebungsverfahren weitgehend parallel. Als das KiTaG aber am 1. Januar 1992 in Kraft trat, hatte der Landtag das JuFöG noch nicht einmal beschlossen; vielmehr wurde das JuFöG erst am 5. Februar 1992 verabschiedet. Das wäre unsinnig gewesen, wenn für die Aufgabenzuständigkeit des KiTaG das JuFöG maßgeblich wäre.

In Schleswig-Holstein kann der § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG als Bestimmungsnorm für die Aufgabenträgerschaft folglich nur dienen, soweit es um die Trägerschaft derjenigen Aufgabe geht, die Regulationsgegenstand des JuFöG ist. Soweit es um die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen geht, hat der Landesgesetzgeber diese allein im KiTaG geregelt.

### **c. Keine Aufgabenträgerschaft aufgrund des KiTaG**

Für die Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen sind die Kreise und kreisfreien Städte schließlich auch nicht aufgrund des KiTaG zuständig. Zur Begründung einer solchen Aufgabenträgerschaft lässt sich insbesondere nicht § 6 Satz 1 KiTaG heranziehen.

Zwar planen und gewährleisten die Kreise und kreisfreien Städte gemäß § 6 Satz 1 KiTaG „als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe“ ein bedarfsgerechtes Angebot an Kindertagesstätten und Tagespflegestellen. Es wäre auch theoretisch denkbar, dass § 6 Satz 1 KiTaG – ebenso wie § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG – zunächst deklaratorischen Charakter hatte und mit Wegfall der Trägerbestimmung durch das SGB VIII zur konstitutiven Norm wurde. § 6 Satz 1 KiTaG ist jedoch seinem Wortlaut und Regelungsgehalt nach nie dazu geeignet oder bestimmt gewesen, (auch nur deklaratorisch) einen Aufgabenträger festzulegen. Vielmehr hat § 6 Satz 1 KiTaG ursprünglich die Bestimmung des Aufgabenträgers durch das SGB VIII nur aufgegriffen und weiter gehende Regelungen angeknüpft. Er hat die Kreise und kreisfreien Städten nicht als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt, sondern – die durch Bundesgesetz getroffene Bestimmung voraussetzend – ihre Planungs- und Gewährleistungsverantwortung begründet. Diese Begründung der Planungs- und Gewährleistungsverantwortung macht den Regelungsgehalt der Norm aus. Dagegen

fehlt eine Trägerbestimmung im Anwendungsbereich des KiTaG, seit das SGB VIII den Aufgabenträger nicht mehr bestimmt.

Dass § 6 Satz 1 KiTaG keinen Aufgabenträger bestimmt, geht schon aus seinem Wortlaut hervor. Denn mit der Verwendung der Formulierung „als örtliche Träger“ wird auf eine außerhalb dieser Norm begründete Trägerbestimmung Bezug genommen. Erhellend ist insofern auch der Vergleich mit der Formulierung des § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG, der in einem weitgehend parallel verlaufenden Gesetzgebungsverfahren erlassen wurde und die Umsetzung desselben Bundesgesetzes (nämlich des SGB VIII) durch den Landesgesetzgeber betraf. § 47 Abs. 1 JuFöG bestimmt: „Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die Kreise und die kreisfreien Städte.“ Dass *diese* Norm tatsächlich als (wenn auch, soweit die Trägerschaft der öffentlichen Jugendhilfe geregelt wird, deklaratorische) Aufgabenübertragungsnorm erlassen worden ist, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung zu § 47 Abs. 1 JuFöG:

LT-Drs. 12/1594 vom 16. August 1991, S. 56.

„Nach § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII sind die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Kreise und die kreisfreien Städte. Diese Bestimmung wird zur Wahrung des Sachzusammenhangs wiederholt.“

§ 6 Satz 1 KiTaG sollte die Bestimmung des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII dagegen ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs

LT-Drs. 12/1629 vom 13. September 1991, S. 27.

nicht wiederholen, weshalb darin auf das SGB VIII nur als Hintergrund zu § 6 KiTaG verwiesen wird: „Durch § 69 Abs. 1 SGB VIII werden die Kreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe bestimmt.“ Der Gesetzgeber sah also gerade keinen Anlass für eine Bestimmung der örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, weil der Bundesgesetzgeber diese Bestimmung bereits vorgenommen hatte. Erst darauf folgt in der Begründung die Erläuterung dazu, was der Landesgesetzgeber durch § 6 KiTaG tatsächlich regelt: Anstelle einer allgemeinen Richtquote von Landesseite werde als Perspektive die Orientierung am tatsächlichen und dem von den Eltern geäußerten Bedarf vorgegeben; zudem werde eine Pflicht zur frühzeitigen Einbeziehung der betroffenen Gemeinden aufgestellt. Wichtig ist insofern, dass § 6 Satz

1 KiTaG – anders als § 47 Abs. 1 Satz 1 JuFöG – auch dann einen Regelungsgehalt hat, wenn man ihn nicht als (deklaratorische) Trägerbestimmungsnorm versteht.

Gegen eine Trägerbestimmung in § 6 Satz 1 KiTaG spricht schließlich auch die Systematik des Gesetzes. So steht § 6 KiTaG im Abschnitt III des Gesetzes (Planung und Sicherstellung), während § 9 KiTaG die Überschrift „Träger von Kindertageseinrichtungen“ trägt. Genau das macht den Regelungsgehalt der Norm aus, die Planung und Sicherstellung regelt. Eine Gewährleistungsvorschrift unterscheidet sich grundlegend von einer Aufgabenübertragungsnorm.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch § 9 KiTaG keinen Träger öffentlicher Jugendhilfe bestimmt. Vielmehr regelt § 9 KiTaG, dass Kindertageseinrichtungen *unter anderem* von den Gemeinden als öffentliche Träger (Abs. 1 Nr. 2) und von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (Abs. 1 Nr. 3) errichtet und betrieben werden „können“. Zudem bezieht sich § 9 KiTaG nur auf Kindertageseinrichtungen und nicht auf die im KiTaG ebenfalls geregelten Tagespflegestellen.

#### **d. Zwischenergebnis**

Eine Bestimmung der Zuständigkeit für die Aufgabe, die in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestaltet ist und durch das KiföG erweitert wird, fehlt. Denn die §§ 22 bis 26 SGB VIII werden in Schleswig-Holstein abschließend durch das KiTaG ausgeführt. Während dieses Landesgesetz hinsichtlich der Aufgabenträgerschaft ursprünglich auf das SGB VIII Bezug nahm, geht die Bezugnahme seit dem Wegfall der bundesrechtlichen Bestimmung in § 69 SGB VIII a.F. ins Leere.

## **2. Aufgabenträgerschaft des Landes**

Gemäß § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. obliegt die Bestimmung der Träger öffentlicher Jugendhilfe dem jeweiligen Landesgesetzgeber.

In der Begründung des Entwurfs zum KiföG

BT-Drs. 16/9299, S. 11.

heißt es zur Neufassung des § 69 Abs. 1 SGB VIII: „Künftig sind die Länder verpflichtet, neben den überörtlichen auch die örtlichen Träger zu bestimmen“. Auch aus den Unterlagen zum Gesetzgebungsverfahren ist ersichtlich, dass man annahm, die Länder, in denen keine deklaratorischen Normen vorhanden waren (die von nun an konstitutive Wirkung entfalten würden), würden eine Aufgabenübertragung auf die Kreise und kreisfreien Städte neu vornehmen. Den Fall, dass ein Land die Aufgabenzuweisung, wie vorliegend, nicht vornehmen würde, weil es irrig davon ausgeht, die Aufgabenzuweisung bestehe bereits, hatte der Bundesgesetzgeber nicht erwartet. Dies führt jedoch nicht dazu, dass für die in den §§ 22 bis 2 SGB VIII ausgestaltete Aufgabe in Schleswig-Holstein niemand zuständig ist.

Zuständig ist vielmehr das Land, denn die Zuständigkeit bestimmt sich nach den allgemeinen Regelungen. Vom Wortlaut des § 69 Abs. 1 SGB VIII ist dieses Verständnis gedeckt. Die Norm lautet: „Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden durch Landesrecht bestimmt.“ Es spricht nichts dagegen, dass Landesrecht in diesem Sinne auch bereits bestehendes, allgemeines Landesrecht sein kann. Nach Bundesverfassungsrecht ist das Land für den Vollzug von Bundesgesetzen zuständig, wenn es ihm kraft Bundesverfassungsrecht obliegende Aufgaben (Art. 83 GG) nicht ausdrücklich den Kommunen überträgt.

Entsprechend wird § 69 SGB VIII n.F. auch in anderen Bundesländern verstanden: So begründete der nordrhein-westfälische Gesetzgeber

LT-NRW Drs. 14/7432, S. 1.

sein Tätigwerden im September 2008 damit, dass bei Wirksamwerden des § 69 SGB VIII n.F. „die Kreise und kreisfreien Städte in Nordrhein-Westfalen nicht mehr Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind, weil in Nordrhein-Westfalen keine spezielle landesrechtliche Zuständigkeitsnorm vorhanden ist. (...) Entsprechend den allgemeinen Regelungen würde die Zuständigkeit für die aus dem SGB VIII resultierenden Aufgaben den Bezirksregierungen zufallen.“ Die allgemeine Regelung in Nordrhein-Westfalen (insb. § 8 Abs. 3 Landesorganisationsgesetz – LOG) führt zu einer Zuständigkeit der Bezirksregierungen. In Schleswig-Holstein fehlt es an einer Bestimmung der sachlich zuständigen Landesbehörde gemäß § 25 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (LVwG),

GVOBl. 1992, 243, 534.

da das Land bislang fälschlich davon ausgeht, dass die Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte fortbesteht.

### **3. Keine Pflicht zur Aufgabenübertragung durch das Land**

Eine Pflicht des Landes Schleswig-Holstein, einen Träger für die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen zu bestimmen, besteht nicht. Sie ergibt sich insbesondere nicht aus § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F.

§ 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. hat keinen imperativen Gehalt. Dies lässt sich schon aus dem Sinn und Zweck der Norm schließen, die dazu dient, „einen bundesgesetzlichen Durchgriff auf die kommunale Ebene“ abzuschaffen, was als „ein zentrales Anliegen der Föderalismusreform“ angesehen wurde

BT-Drs. 16/9299, S. 17.

Dieses Anliegen wird unabhängig davon erreicht, ob sich die Aufgabenträgerschaft innerhalb der Bundesländer aus allgemeinen Zuständigkeitsnormen, aus bereits bestehenden (bislang nur deklaratorischen) oder aus neuen Regelungen ergibt.

Die Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber bei der Neufassung des § 69 Abs. 1 SGB VIII davon ausging, dass die Länder es nicht bei allgemeinen Zuständigkeitsnormen belassen, sondern die Aufgabe auf die Kreise und kreisfreien Städte übertragen würden, ändert an dem Aussagegehalt des § 69 Abs. 1 SGB VIII nichts.

Ebenso wenig ändert der oben bereits zitierte Satz aus der Gesetzesbegründung des KiföG („Künftig sind die Länder *verpflichtet*, neben den überörtlichen auch die örtlichen Träger zu bestimmen“),

BT Drs. 16/9299, S. 11, Hervorhebung durch Verfasser.

Die Verwendung des Wortes „verpflichtet“ ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass im Gesetzgebungsverfahren deutlich wurde, dass viele Bundesländer eine Aufgabenträgerschaft der Kreise und kreisfreien Städte wollten. *Wenn* die Länder eine Zuständigkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände wollten, – so ist der Satz zu

verstehen – seien sie künftig „verpflichtet“, die Träger selbst bestimmen, da eine Bestimmung durch Bundesrecht nicht mehr bestehen würde.

Im Ergebnis kann das Land Schleswig-Holstein es folglich entweder bei der allgemeinen Zuständigkeitsregelung belassen oder eine spezielle, neue Zuständigkeitsregelung für die in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestaltete Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen schaffen.

#### **4. Bedingungen für eine Aufgabenübertragung auf Kreise und kreisfreie Städte**

Das Land Schleswig-Holstein ist zwar nicht verpflichtet, die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen den Kreisen und kreisfreien Städten zu übertragen. Es hat aber jederzeit die Möglichkeit.

Sollte der Landesgesetzgeber hiervon künftig Gebrauch machen, würde allerdings Art. 49 Abs. 2 LV SH greifen, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Verfassungsbestimmung erfüllt sind. Hiervon ging auch der Bundesgesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfs zum KiföG

BT-Drs. 16/9299, S. 17.

aus, wie die oben bereits zitierte Passage belegt: „Weisen die Länder die Aufgaben den Gemeinden und Gemeindeverbänden zu, so entscheidet das jeweilige Landesverfassungsrecht darüber, welche Kostendeckungspflichten ggf. im Verhältnis zwischen Land und Kommune entstehen.“

#### **5. Anspruch auf Kostenerstattung durch das Land**

Die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen haben, soweit sie die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen nach dem 16. Dezember 2008 erfüllt haben, einen Anspruch auf Kostenerstattung durch das Land, den sie gerichtlich durchsetzen können. Insoweit ist zwischen der Erfüllung in der Zukunft und in der Vergangenheit zu unterscheiden.

Werden die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen zukünftig in Erfüllung der Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen tätig, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag. Das Bundesverfassungsgericht hat schon 1965 darauf hingewiesen, es sei nicht mehr ernsthaft bestritten, „dass die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag ebenso wie die über die Verwahrung auch im öffentlichen Recht, ohne dort ausdrücklich normiert zu sein gelten.“

BVerfGE 18, 429 (436).

Inzwischen ist das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht von den Fachgerichten als selbstverständlich anerkannt.

Siehe etwa BVerwGE 80, 170 (173); BGH NJW 1978, 1258.

Die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen, die Kinder in Kindertagesstätten fördern, besorgen dieses Geschäft als Geschäftsführer für das eigentlich zuständige Land als Geschäftsherrn. Sie können entsprechend § 683 BGB vom Land den Ersatz ihrer Aufwendungen einschließlich von Zinsen verlangen (§ 256 BGB analog), weil die Geschäftsführung dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Landes entspricht. Dem Land steht es jederzeit frei, seinen Willen zu äußern, dass die Kreise und kreisfreien Städte sowie anderen Kommunen von der Erfüllung der Aufgabe absehen, weil das Land selbst die Aufgabenerfüllung übernimmt. Dann entfällt der Aufwendungsersatzanspruch.

Für die Vergangenheit kann ein Kostenerstattungsanspruch dagegen nicht auf das Institut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden, da dieses einen Fremdgeschäftsführungswillen voraussetzt. Diesen hatten die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen bisher nicht.

Anspruchsgrundlage für die Kostenerstattung ist insoweit vielmehr der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch. Dieser ist auch für die Beziehungen zwischen Hoheitsträgern anerkannt.

BVerwGE 36, 108 (110).

Seine Anspruchsvoraussetzungen entsprechen im Wesentlichen denen des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs gemäß §§ 812 ff. BGB

BVerwG, NVwZ 1996, 595 (596); BVerwG, NVwZ-RR 1991, 344 (345).

Allerdings gibt es keinen Anlass, im Verhältnis zwischen zwei Hoheitsträgern auch den im Zivilrecht geltenden Vorrang der Leistungs- vor der Eingriffskondition anzuwenden.

OVG Lüneburg, Urteil vom 22. September 2006, 2 LB 1790/01 – juris Rdnr. 30.

Denn diese Vorrangregel dient der gerechten Verteilung des Insolvenzrisikos, das zwar in Privatrechtsverhältnissen, nicht aber zwischen Hoheitsträgern eine Rolle spielt. Deshalb müssen sich die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen nicht darauf verweisen lassen, dass sie ihre Leistungen von den Nutzern der Kinderbetreuungseinrichtungen zurück verlangen können, auf dass sich diese wiederum an das Land wenden und ihrerseits von diesem Erstattung verlangen. Dies wäre ein „umständlicher Weg“.

Vgl. BSG, Urteil v. 30. Januar 1962, 2 RU 219/59, juris Rdnr. 19.

Vielmehr „entspricht es dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Forderung nach wiederherstellender Gerechtigkeit“, dass ein Rechtsträger öffentlicher Verwaltung einem anderen Rechtsträger den Vermögensvorteil ausgleicht, den er erlangt hat, weil der andere Rechtsträger ohne dazu verpflichtet zu sein, Dritten gegenüber Leistungen erbracht hat.

OVG Lüneburg, Urteil vom 22. September 2006, 2 LB 1790/01 – juris Rdnr. 30 – bzgl. Beihilfeleistungen an eine Ruhestandsbeamtin.

Einen herauszuverlangenden Vermögensvorteil hat das Land SH seit dem 16. Dezember 2008 erlangt, da es trotz eigener Zuständigkeit die Kosten für die Erfüllung der in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestalteten Aufgabe nicht trägt. Dieser Vorteil umfasst die Gesamtbelastung der Kreise und kreisfreien Städte sowie anderer Kommunen für die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen und nicht nur die Kosten, die auf der Erweiterung dieser Aufgabe durch das KiföG beruhen. Denn das Land ist seit In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. am 16. Dezember 2008 für alle Leistungen in diesem Bereich zuständig. Dass alle Beteiligten bislang diese Zuständigkeit verkannt haben, ändert nichts am Bestehen des Erstattungsanspruchs. Dieser ergibt sich aus der objektiven Rechtslage unabhängig von den Vorstellungen der Beteiligten. Der Erstattungsanspruch entsteht häufig gerade dann, wenn

Verwaltungsträger eine nicht zutreffende Vorstellung von der Zuständigkeit haben. Steht ihnen die Zuständigkeitsregelung richtig vor Augen, wird regelmäßig auch die zuständige Behörde handeln, so dass kein Erstattungsanspruch entsteht.

Da der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch grundsätzlich am zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch orientiert ist, gelten die Verjährungsregelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend. Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 Abs. 1 BGB. Eine Verjährung des Erstattungsanspruchs der Kreise und kreisfreien Städte gegen das Land kommt damit für die im Jahr 2008 (16. bis 31. Dezember 2008) entstandenen Kosten frühestens am 31. Dezember 2011 in Betracht. Die Ansprüche bezüglich der darauf folgenden Jahre verjähren entsprechend später.

Zuständiges Gericht für die Geltendmachung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist das Verwaltungsgericht.

## **II. Hilfsweise: Anspruch auf Ausgleich der Mehrbelastung nach Art. 49 Abs. 2 LV SH**

Nimmt man entgegen der hier vertretenen Auffassung an, dass die Kreise und kreisfreien Städte für die in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestaltete Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen zuständig sind, ergibt sich ein Anspruch auf Ausgleich der Mehrbelastung aus Art. 49 Abs. 2 LV SH (1.). Dieser Ausgleichsanspruch umfasst die Differenz zwischen den Kosten, die die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestätten seit In-Kraft-Treten der Änderungen des SGB VIII n.F. am 16. Dezember 2008 verursacht, und denjenigen Kosten, die diese Aufgabe bereits zuvor mit sich gebracht hat (2.). Der Anspruch kann, soweit das Land ihn nicht freiwillig erfüllt, fast vollständig im Wege einer Kommunalverfassungsbeschwerde durchgesetzt werden (3.).

### **1. Bestehen des Ausgleichsanspruchs**

Bevor das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs geprüft wird, ist folgende begriffliche Klarstellung erforderlich: Bei der Frage, ob ein solcher Anspruch besteht, kommt es nicht darauf an, ob sich die – im Folgenden unterstellte – Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte für die durch das KiföG erweiterten Aufgaben, wie es der wissenschaftliche Dienst des Landes Schleswig-Holstein und die Landesregierung annehmen, aus § 47 Abs. 1 JuFöG ergeben kann. Denn wenn man stattdessen § 6 Satz 1 KiTaG als Trägerbestimmungsnorm ansieht, ergibt sich ein im Wesentlichen gleicher Ausgangssachverhalt: Beide Normen traten im Jahr 1992 in Kraft, beide wurden vor In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. nicht maßgeblich (d.h. in Bezug auf die Frage der Aufgabenträgerschaft) geändert, und beide Normen hatten zunächst (über mehr als 16 Jahre) eine rein deklaratorische Funktion, bis sie infolge des In-Kraft-Tretens des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. konstitutive Wirkung entfalteten. Im Folgenden soll deshalb abstrakt von „der Trägerbestimmungsnorm“ gesprochen werden.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 49 Abs. 2 LV SH liegen vor. Denn am 16. Dezember 2008 wurden die Kreise und kreisfreien Städte durch die Trägerbestimmungsnorm zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet, die seitdem zu einer Mehrbelastung gegenüber dem zuvor bestehenden Zustand führen. Nichts anderes verlangt die Tatbestandsseite des Art. 49 Abs. 2 LV SH: „*Werden die*

*Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verordnung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet, so sind dabei Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen. Führen diese Aufgaben zu einer Mehrbelastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände, so ist dafür ein entsprechender finanzieller Ausgleich zu schaffen (Hervorhebungen durch Verfasser).“*

Die Einschlägigkeit des Art. 49 Abs. 2 LV SH wird dennoch bestritten. Insbesondere wird bezweifelt, dass die Verpflichtungswirkung der Trägerbestimmungsnorm, die am 16. Dezember 2008 mit dem Entfalten ihrer konstitutiven Wirkung eintrat, dem Land Schleswig-Holstein zuzurechnen ist. Diese Meinung wird auf folgende zwei Argumente gestützt: Der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein habe nicht aktiv gehandelt, sondern nur etwas unterlassen (a.), und zwischen dem Erlass der Trägerbestimmungsnorm und dem Eintritt ihrer konstitutiven Wirkung bestehe kein „unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang“ (b.). Beide Argumente greifen, wie im Folgenden gezeigt werden soll, im Ergebnis nicht durch.

#### **a. Tun, Unterlassen und Ursächlichkeit des Landes für die Zuständigkeit der Kommunen**

Es wird vertreten, ein konnexitätsrelevanter Sachverhalt liege nicht vor, da die Trägerbestimmungsnorm in Kraft getreten ist, bevor § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. in Kraft trat und den Übergang der Trägerbestimmungsnorm von einer rein deklaratorischen zu einer konstitutiven Norm bewirkte. Dieses Argument lässt sich am Tatbestandsmerkmal des „Verpflichtet-Werdens zur Erfüllung bestimmter Aufgaben“ festmachen, denn im Ergebnis wird bestritten, dass die Zuständigkeit der Kommunen dem Landesgesetzgeber zurechenbar ist.

Im Wesentlichen wird wie folgt argumentiert: Seit dem 16. Dezember 2008 gehe zwar eine Verpflichtung von der landesrechtlichen Trägerbestimmungsnorm aus. Die konstitutive Wirkung der Trägerbestimmungsnorm sei jedoch „ohne Einfluss des Landes“ eingetreten. Eine Zurechnung sei nur darüber zu konstruieren, dass der Landesgesetzgeber die Aufgabe „nicht zurückgeholt“ habe; ein reines Unterlassen aber reiche nicht aus, um eine Konnexität zu begründen.

Siehe Wiss. Dienst, Landtag Schleswig-Holstein, Umdruck 17/1515, S. 7 ff.; allgemein: Macht/Scharrer, Landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien und Föderalismusreform, DVBl. 2008, 1151 (1153 f.).

Diese Auffassung überzeugt nicht. Die Unterscheidung zwischen einem Tun und einem Unterlassen findet im Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 LV SH keine Stütze (aa.). Zudem erscheint die Differenzierung auch mit Blick auf den Sinn und Zweck der landesrechtlichen Konnexitätsprinzipien zweifelhaft (bb.).

#### **aa. Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 LV SH**

Die Vertreter der oben genannten Argumentation stützen sich in allererster Linie auf den Wortlaut der landesrechtlichen Konnexitätsprinzipien

Siehe Wiss. Dienst, Landtag Schleswig-Holstein, Umdruck 17/1515, S. 8; Macht/Scharrer, Landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien und Föderalismusreform, DVBl. 2008, 1151 (1153 f.).

Sie behaupten, dieser würde „in allen Fällen an ein aktives Handeln des jeweiligen Landes“ anknüpfen. Doch das trifft nicht zu. Art. 49 Abs. 2 LV SH ist passiv formuliert („Werden die Gemeinden oder Gemeindeverbände ... verpflichtet,...). Nach dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 LV SH kommt es folglich nicht auf ein aktives oder passives Verpflichten durch das Land, sondern auf ein Verpflichtet-Werden der Kommunen an, d.h. darauf, dass eine neue Verpflichtung *im Ergebnis* entstanden ist. Ursächlich dafür muss freilich ein Landesgesetz oder eine Landesverordnung sein, sodass im Regel-Anwendungsfall des Art. 49 Abs. 2 LV SH ein aktives Verpflichten des Landesgesetzgebers Anknüpfungspunkt eines Ausgleichsanspruchs sein wird. Dass ein Anspruch aber auch aus der vorliegenden Konstellation heraus entstehen kann, ist deshalb nicht ausgeschlossen.

Formulierungen wie beispielsweise in Art. 78 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (LV NRW) („Das Land kann die Gemeinden und Gemeindeverbände ... verpflichten,...) und in Art. 83 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) („Überträgt der Staat...“) mögen ein aktives Tun voraussetzen. Dies sagt allerdings über die schleswig-holsteinische Regelung nichts aus.

Die Landesverfassungen anderer Länder eignen sich insofern nicht als Interpretationshilfen für die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Landesverfassungen sind autonom auszulegen.

Dafür dass es nach Art. 49 Abs. 2 LV SH auf das Ergebnis einer neuen Verpflichtung ankommt, sprechen auch die einstimmig beschlossenen Erläuterungen des Sonderausschusses „Verfassungsreform“ zur der Neufassung des schleswig-holsteinischen Konnexitätsprinzips.

LT-Drs. 14/1245, S. 18.

Die Tatbestandsvoraussetzung der „Verpflichtung zur Erfüllung bestimmter Aufgaben“ im Sinne des Art. 49 Abs. 2 LV SH wird unter Buchstabe b. erläutert: Sie erfasse „alle Aufgaben, für deren Erfüllung – auch hinsichtlich des Umfanges oder des Standards – die Kommunen durch das Land neu oder zusätzlich in die Pflicht genommen werden (sogenannte Aufgabenübertragung).“ Auch bei dem „in die Pflicht genommen werden“ handelt es sich um eine passive Formulierung. Erläuterung Buchstabe c. betrifft darüber hinaus die Frage, *wodurch* die Verpflichtung der Kommunen bewirkt werden muss, damit ein Ausgleichsanspruch entsteht. Auch hier wird nicht zwischen Tun und Unterlassen differenziert, sondern ganz im Sinne eines objektiven Verursacherprinzips klar gestellt, dass nur Landesgesetze und Landesverordnungen Gesetze und Verordnungen im Sinne des Art. 49 Abs. 2 LV SH sein können. Wichtig ist demnach, *wer* für die Belastung ursächlich ist, nicht jedoch aufgrund *welcher Handlungsform* sie entstanden ist.

### **bb. Allgemeine Kritik an der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen**

Auch abgesehen vom Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 LV SH wirkt eine Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen in Fällen, in denen eine landesrechtliche, zunächst deklaratorische Norm wegen des Wegfalls einer bundesrechtlichen Zuständigkeitsbestimmung konstitutive Wirkung entfaltet, nicht überzeugend. Stattdessen ist auf die Verursachung abzustellen.

Das „Verursacherprinzip“ wird zwar als Gedanke hinter dem Konnexitätsprinzip grundsätzlich anerkannt. Es wird aber vertreten, diesem sei genüge getan, wenn nur aktives Handeln Ausgleichsansprüche auslöse, Unterlassen dagegen nicht.

So im Ergebnis Macht/Scharrer, Landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien und Föderalismusreform, DVBl. 2008, 1151 (1155).

Diese Differenzierung ist aber künstlich. Denn der Landesgesetzgeber hat aktiv gehandelt, als er die Trägerbestimmungsnorm, als deklaratorische Norm, erlassen hat, und er verfügt in dem Moment, in dem die Norm konstitutive Wirkung entfaltet und die Aufgabe durch sie übertragen wird, als Einziger über das Instrument zur Verhinderung des Verpflichtet-Werdens der Kommunen.

Ziekow, Landesverfassungsrechtliches Konnexitätsprinzip, DÖV 2006, 489 (493 f.).

Damit verursacht der Landesgesetzgeber die Aufgabenzuständigkeit in exakt demselben Maße, ob er nun die Änderung der ursprünglich rein deklaratorischen Norm unterlässt oder mangels einer deklaratorischen eine neue mit diesem Inhalt erlässt.

Auch der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (VerfGH NRW) geht ersichtlich davon aus, dass das Konnexitätsprinzip in NRW von einem objektiven Verursacherprinzip geprägt ist. Art. 78 Abs. 3 LV NRW setzt – insofern besteht eine Vergleichbarkeit zur Verfassung des Landes Schleswig-Holstein – voraus, dass die Verpflichtung der Kommunen auf Landesgesetz oder einer Landesrechtsverordnung beruht. Der VerfGH NRW

NVwZ-RR 2011, 41 (42).

stellt hierzu fest: „Die Aufgabenübertragung muss auf eine Entscheidung des Landesgesetzgebers zurückgehen, also ihm *ursächlich* zuzurechnen sein (konnexitätsrelevante Verpflichtung).“ Und weiter führt der VerfGH NRW aus:

NVwZ-RR 2011, 41 (43):

„Während nach § 69 Abs. 1 SGB VIII a. F. die Bestimmung der Kreise und kreisfreien Städte zu örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe unmittelbar auf einer bundesgesetzlichen Regelung beruhte, ist (...) nunmehr eine landesgesetzliche

Normierung *ursächlich* dafür, dass die Kreise und kreisfreien Städte zur Übernahme und Durchführung von Aufgaben aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe verpflichtet sind.“ (Hervorhebungen durch Verfasser).

### **cc. Zwischenergebnis**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es nach Art. 49 Abs. 2 LV SH auf die Ursächlichkeit des Landes für das Verpflichtet-Werden und anschließende Verpflichtet-Sein der Kreise und kreisfreien Städte ankommt, nicht aber darauf, ob dieses auf ein Tun oder ein Unterlassen zurückgeht.

Für den zu begutachtenden Sachverhalt bedeutet dies, dass der Tatbestand des Art. 49 Abs. 2 LV SH insofern erfüllt ist. Denn eine landesgesetzliche Normierung ist nunmehr ursächlich dafür, dass die Kreise und kreisfreien Städte in Schleswig-Holstein zur Erfüllung der in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestalteten Aufgabe verpflichtet sind.

Ergänzend und klarstellend sei angemerkt, dass das Verursacherprinzip selbstverständlich nicht dazu führt, dass jegliches bereits bestehende Landesrecht, das für eine im Ergebnis bestehende Verpflichtung der Kommunen ursächlich ist, eine Ausgleichspflicht auslöst.

Vgl. Ziekow, Landesverfassungsrechtliches Konnexitätsprinzip, DÖV 2006, 489 (493).

Denn erstens setzt Art. 49 Abs. 2 LV SH voraus, dass die Gemeinden „verpflichtet werden“, nicht nur dass sie „verpflichtet sind“, sodass eine Verpflichtung neu eintreten muss. Zweitens reicht selbst ein Verpflichtet-Werden nicht zur Begründung eines Ausgleichsanspruchs aus: Vielmehr muss aufgrund des Verpflichtet-Werdens auch eine Mehrbelastung entstehen

Näher dazu unten: 2.

## **b. Erfordernis eines „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs“**

Teilweise wird zwar anerkannt, dass es nicht auf die zeitliche Reihenfolge des In-Kraft-Tretens der Trägerbestimmungsnorm und des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. (und damit nicht auf ein Tun oder Unterlassen) ankommen kann. Zwischen der Verabschiedung der Trägerbestimmungsnorm und dem In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII müsse jedoch ein „unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang“ bestehen. Da die Trägerbestimmungsnorm vorliegend mehr als 16 Jahre vor In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. erlassen wurde, könne hiervon keine Rede sein

Wiss. Dienst, Landtag-Schleswig-Holstein, Umdruck 17/1515, S. 5 f.).

Ein „unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang“ zwischen dem Erlass der Trägerbestimmungsnorm und dem In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. ist angesichts des Ablaufs von 16 Jahren tatsächlich nicht zu konstruieren. Er ist jedoch nach der Rechtslage in Schleswig-Holstein auch nicht erforderlich. Dies ergibt eine autonome Auslegung des Art. 49 Abs. 2 LV SH (aa.). Auch eine Auslegung im Lichte des bereits angesprochenen Urteils des VerFGH NRW vom 12. Oktober 2010 ergibt nichts Abweichendes (bb.).

### **aa. Auslegung des Art. 49 Abs. 2 LV SH**

Art. 49 Abs. 2 LV SH verlangt keinen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem In-Kraft-Treten der Trägerbestimmungsnorm und dem In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F., mit dem die konstitutive Wirkung der Trägerbestimmungsnorm einsetzte. Das Erfordernis eines solchen Zusammenhangs ergibt sich insbesondere nicht aus dem Wort „dabei“.

a.A. Wiss. Dienst, Landtag Schleswig-Holstein, Umdruck 17/1515, S. 9 m.w.N.

Zwar besagen die Erläuterungen des Sonderausschusses „Verfassungsreform“,

LT-Drs. 14/1245, S. 18, Buchst. f.

dass Art. 49 Abs. 2 LV SH einen „zeitlichen Kontext“ voraussetzt. Der „zeitliche Kontext“ aber muss zwischen der Aufgabenübertragung und dem Gesetz, das den finanziellen Ausgleich regelt, bestehen: „Zwischen Aufgabenübertragung und finanziellem Ausgleich muss ein zeitlicher, sachlicher und rechtlicher Kontext bestehen („dabei“).“ Da die Aufgabenübertragung durch das Land nicht bei In-Kraft-Treten der Trägerbestimmungsnorm, sondern bei Eintritt ihrer konstitutiven Wirkung stattfand, wäre ein zeitlicher, sachlicher und rechtlicher Zusammenhang mit einer Ausgleichsregelung möglich gewesen, sodass das Wort „dabei“ der Anwendbarkeit des Art. 49 Abs. 2 LV SH nicht entgegensteht.

Einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem In-Kraft-Treten der Trägerbestimmungsnorm und dem Eintritt ihrer konstitutiven Wirkung setzt der Tatbestand des Art. 49 Abs. 2 LV SH dagegen nicht voraus.

#### **bb. Urteil des VerfGH NRW vom 12. Oktober 2010**

Zu keiner abweichenden Beurteilung führt eine Auslegung des Art. 49 Abs. 2 LV SH im Lichte des bereits angesprochenen Urteils des VerfGH NRW vom 12. Oktober 2010.

NVwZ-RR 2011, 41 ff.

Diesem lag ein Sachverhalt zugrunde, der mit dem Sachverhalt in Schleswig-Holstein insofern vergleichbar war, als es ebenfalls um die Folgen des KiföG und eine landesverfassungsrechtliche Konnexitätsregelung ging. Er soll hier kurz zusammengefasst werden:

Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hatte im Oktober 2008 das „Gesetz zur Änderung des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (AG-KJHG)“ verabschiedet.

GV. NRW, S. 644.

Durch dieses wurde in das Gesetz, das in Nordrhein-Westfalen die Funktion des schleswig-holsteinischen JuFöG und KiTaG hat (Ausführung des SGB VIII), der § 1a AG-KJHG eingefügt, der die Kreise und kreisfreien Städte zu Trägern der öffentlichen Jugendhilfe bestimmte. Zu dieser Änderung sah sich der Landesgesetzgeber in

Nordrhein-Westfalen veranlasst, da die Verabschiedung und das In-Kraft-Treten des KiföG und damit der Wegfall der Trägerschaftsbestimmung im SGB VIII absehbar war und eine spezielle landesrechtliche Zuständigkeitsnorm – anders als im Rahmen dieses Hilfspgutachtens für Schleswig-Holstein angenommen – nicht vorhanden war.

LT-NRW Drs. 14/7432, S. 5.

Da der nordrhein-westfälische Gesetzgeber davon ausging, dass die Einfügung des § 1a AG-KJHG keine Auswirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung habe, da lediglich die bislang bundesgesetzlich formulierten Zuständigkeiten in Landesrecht übertragen werde, sah er Art. 78 Abs. 3 LV NRW nicht als einschlägig an und traf keine Bestimmung über die Deckung der Kosten.

LT-NRW, Drs. 14/7432, S. 2.

Art. 78 Abs. 3 LV NRW lautet: „Das Land kann die Gemeinden und Gemeindeverbände durch Gesetz oder Rechtsverordnung zur Übernahme und Durchführung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichten, wenn dabei gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen werden (...)“

Im Ergebnis erklärte der VerfGH NRW § 1a Abs. 1 AG-KJHG für mit der Landesverfassung „insoweit unvereinbar, als dabei nicht gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen worden sind“ (Tenor). „Dabei gleichzeitig“ bedeutet für den VerfGH NRW also ersichtlich „bei Verabschiedung der Trägerbestimmungsnorm“. Dies begründet der VerfGH NRW unter anderem damit, dass der Erlass des § 1a Abs. 1 AG-KJHG und das In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII (d.h. der Eintritt der konstitutiven Wirkung des § 1a Abs. 1 AG-KJHG) „in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang“ stünden, was zunächst darauf hinweist, dass auch in SH ein solcher zeitlicher Zusammenhang erforderlich ist.

Jedoch muss die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen und die Argumentation des VerfGH NRW genau analysiert werden. Konkret argumentiert der VerfGH, dass zur Zeit der Verabschiedung des § 1a AG-KJHG „absehbar“ gewesen sei, dass diese Norm bald konstitutive Wirkung entfalten würde. Daher beruhe die Verpflichtung aus § 1a AG-KJHG, obwohl dieser zunächst rein deklaratorischer Natur war, auf einer „originären Entscheidung des Landesgesetzgebers“

VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43).

Wichtig ist, dass also der „unmittelbare zeitliche Zusammenhang“ für den VerfGH NRW nach der Argumentation im Urteil kein Selbstzweck ist. Das Erfordernis eines „unmittelbare zeitlichen Zusammenhangs“ erfüllt für den VerfGH NRW vielmehr die Funktion, zu belegen, dass der Gesetzgeber schon bei Erlass der Norm wusste und wollte, dass diese in Zukunft nicht mehr bloß deklaratorische, sondern auch konstitutive Wirkung entfalten würde. Es ging ihm also um Anhaltspunkte für das Vorliegen eines subjektiven Elements. Entsprechend stellt auch der VerfGH NRW, anders als der wissenschaftliche Dienst annimmt,

LT Schleswig-Holstein, Umdruck 17/1515, S. 5 und 6.

nicht auf das In-Kraft-Treten der Trägerbestimmungsnorm, sondern auf ihren Erlass bzw. ihre Verabschiedung, d.h. auf den Zeitpunkt der Willensbildung, ab.

Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (43).

Das Vorliegen eines subjektiven Elements im Zeitpunkt des Normerlasses ist jedoch nur nach der Konstruktion des nordrhein-westfälischen Konnexitätsprinzips erforderlich, nicht dagegen nach Art. 49 Abs. 2 LV SH. Soweit der VerfGH NRW diese Voraussetzung aufstellt, trägt er der konkreten Ausgestaltung des Konnexitätsprinzips in Nordrhein-Westfalen Rechnung, sodass die Rechtsprechung insofern nicht auf Schleswig-Holstein übertragen werden kann.

Nach der Systematik des Art. 78 Abs. 3 LV NRW ist eine Verpflichtung der Kommunen überhaupt nur zulässig, wenn Bestimmungen über die Kostendeckung getroffen werden („Das Land kann..., wenn...“). Unterlässt der Gesetzgeber die Kostendeckungsbestimmung, ist der Sachverhalt unvollständig geregelt und als Rechtsfolge die Aufgabenübertragungsnorm verfassungswidrig.

Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42).

Hinzu kommt, dass die Kostenbestimmung nach dem Wortlaut der Verfassungsnorm „gleichzeitig“ mit der Verpflichtung zu erfolgen hat.

Hierzu VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42).

Insofern kommt § 8 Abs. 3 des „Gesetzes zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und eines Beteiligungsverfahrens gemäß Artikel 78 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (Konnex-AG)“

Vom. 22. Juni 2004, GV. NRW, S. 359 ff.

Bedeutung zu. Das Konnex-AG wurde im Rahmen eines Verfassungsänderungsverfahrens mit entsprechender Mehrheit verabschiedet, und Art. 78 Abs. 3 Satz 5 LV NRW nimmt darauf Bezug. § 8 Abs. 3 Konnex-AG bestimmt, dass der Belastungsausgleich, wenn er in einem anderen Gesetzentwurf als die Aufgabenübertragung geregelt wird, dem Landtag durch die Landesregierung gemeinsam mit dem Gesetzentwurf zur Aufgabenübertragung zugeleitet wird.

Der Verfassungsgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen hat also das Konnexitätsprinzip dieses Bundeslandes so gestaltet, dass es überhaupt nur in Fällen einschlägig ist, in denen zumindest denkbar ist, dass die Landesregierung den Gesetzentwurf über die Aufgabenübertragung und den Gesetzentwurf über die Kostenbestimmung zumindest gleichzeitig mit den Landtag zuleitet. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, dass der VerfGH NRW verlangt, dass der Gesetzgeber bereits im Zeitpunkt des Normerlasses ein Bewusstsein für eine in Zukunft entstehende Verpflichtungswirkung gegenüber den Kommunen haben konnte. Dieses (potentielle) Bewusstsein wiederum kann aber nur bei einem „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang“ und einer „Absehbarkeit“ des Eintritts einer konstitutiven Wirkung bestehen.

Das Konnexitätsprinzip der LV NRW wäre damit auf den zu begutachtenden Sachverhalt aus Schleswig-Holstein nicht anwendbar. Dies bedeutet aber nicht, dass auch das schleswig-holsteinische Konnexitätsprinzip nicht einschlägig ist. Der VerfGH NRW

NVwZ-RR 2011, 41 (42).

hat sogar explizit festgestellt: „Erforderlich ist (...), dass die Regelung durch Gesetz oder Verordnung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung getroffen wird (...). Insoweit unterscheidet sich der Normgehalt des Art. 78 Abs. 3 LV NRW von der schleswig-holsteinischen Verfassungsbestimmung.“

Die Verfassungsrechtslage in Schleswig-Holstein ist tatsächlich eine andere: Schon hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheidet sich Art. 49 Abs. 2 LV SH von der Regelung

in Nordrhein-Westfalen. Denn er verpflichtet das Land, Bestimmungen über die Kosten zu treffen, ohne hiervon die Zulässigkeit der Aufgabenübertragung als solche abhängig zu machen („Werden die Gemeinden oder Gemeindeverbände... verpflichtet, so sind dabei Bestimmungen über die Kosten zu treffen...“). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zur Rechtsfolgenseite der schleswig-holsteinischen Verfassungsnorm entsprechend festgestellt, dass eine fehlende oder unzureichende Ausgleichsbestimmungen „nicht die Verfassungswidrigkeit der Aufgabenübertragungsnorm zur Folge (hätte), sondern (...) lediglich entsprechende Regelungs- und Ausgleichspflichten des Landes begründen“ würde.

BVerfGE 103, 332 (365) m.w.N.

Dementsprechend verlangt das schleswig-holsteinische Konnexitätsprinzip nicht, dass sich der Gesetzgeber bereits bei Normerlass über die Konnexitätsrelevanz der Norm im Klaren sein (können) muss. In Schleswig-Holstein gibt es für das Erfordernis eines „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs“ zwischen dem Erlass der Trägerbestimmungsnorm und dem In-Kraft-Treten des § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. und für das Erfordernis eines Bewusstseins des Gesetzgebers für die Konnexitätsrelevanz im Zeitpunkt des Normerlasses keinen Anlass.

### **c. Zwischenergebnis**

Damit ist festzuhalten, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 49 Abs. 2 LV SH vorliegen. Allein das Tatbestandsmerkmal der Mehrbelastung der Kommunen bedarf noch der Ausfüllung. Dieses hängt eng mit der Frage des Umfangs des Ausgleichsanspruchs zusammen (hierzu sogleich).

## **2. Umfang des Ausgleichsanspruchs**

Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs nach Art. 49 Abs. 2 LV SH ist schließlich eine Mehrbelastung auf Seiten der Kommunen. Während das Bestehen einer Mehrbelastung Tatbestandsvoraussetzung ist, ist der Umfang der Mehrbelastung auf Rechtsfolgenseite relevant. Dass Mehrbelastungen eingetreten sind, wird im Folgenden gleichzeitig mit deren Umfang festgestellt.

Ausgleichspflichtig ist die finanzielle Belastung der Kommunen, soweit diese durch die Übertragung neuer Aufgaben erfolgt ist. Entscheidend ist damit im Zusammenhang nicht, zu welcher Mehrbelastung das (Neu)Verpflichtet-Werden insgesamt geführt hat, sondern ob und in welchem Umfang die Zuständigkeit zur Erfüllung neuer Aufgaben zu Mehrbelastungen führt.

Vgl. VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (45).

Hiernach errechnet sich der Ausgleichsanspruch – ohne dass an dieser Stelle eine konkrete Berechnung erfolgen kann – aus den Kosten, die die in den §§ 22 bis 26 SGB VIII ausgestaltete Aufgabe nach In-Kraft-Treten des KiföG verursacht, abzüglich derjenigen Kosten, die diese Aufgabe bereits zuvor mit sich brachte.

Der Ausgleichsanspruch besteht seit dem Zeitpunkt der Aufgabenübertragung rückwirkend für alle Mehrbelastungen, die seit dem 16. Dezember 2008 entstanden sind. In der Erläuterung Buchstabe f. des Sonderausschusses „Verfassungsreform“ zu dem Wort „dabei“

Landtag Schleswig-Holstein, Drs. 14/1245, S. 18, Buchst. f.

heißt es: „Soll der finanzielle Ausgleich über den kommunalen Finanzausgleich geregelt werden, hat er spätestens im folgenden Haushaltsjahr zu erfolgen, und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Aufgabenübertragung.“ Wenn danach eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Aufgabenübertragung in dem Falle erfolgt, indem der Gesetzgeber seine Verpflichtung aus Art. 49 Abs. 2 LV SH erfüllt, muss dies erst Recht im vorliegenden Fall gelten. Sonst würde ein finanzieller Anreiz zur Verletzung der Verfassung bestehen.

### **3. Prozessuale Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs**

Die Kreise und kreisfreien Städte könnten ihren Anspruch auf Ausgleich der Mehrbelastungen prozessual geltend machen, soweit das Land nicht bereit ist, seiner Ausgleichspflicht nachzukommen. Insbesondere mit Blick auf die Beschwerdefrist ist allerdings Folgendes zu beachten:

Statthafte Verfahrensart wäre die Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 LV SH i.V.m. §§ 47 f. des „Gesetzes über das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht (LVerfGG SH)“.

Vom 10. Januar 2008, GVOBl. S. 25.

Zuständig wäre das Schleswig-Holsteinische Verfassungsgericht (LVerfG SH).

### **a. Beteiligtenfähigkeit**

Beteiligtenfähig sind gemäß Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 LV SH i.V.m. § 47 Abs. 1 LVerfGG SH die Gemeinden und Gemeindeverbände.

### **b. Beschwerdegegenstand**

Zulässiger Beschwerdegegenstand ist gemäß Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 LV SH i.V.m. § 47 Abs. 1 LVerfGG SH „ein Landesgesetz“. Als solches kommt nicht die Trägerbestimmungsnorm in Betracht, denn nach der oben dargestellten Systematik des Art. 49 Abs. 2 LV SH führt eine fehlende Ausgleichsbestimmung nicht zur Verfassungswidrigkeit der Trägerbestimmungsnorm, sondern zu einer entsprechenden Regelungs- und Ausgleichspflicht. Gegenstand der Beschwerde muss deswegen ein Finanzausgleichsgesetz sein

BVerfGE 103, 332 (365); vgl. auch BbgVerfG, NVwZ-RR 2008, 185 ff.

Wie das *richtige* Finanzausgleichsgesetz zu identifizieren ist, geht aus Erläuterung Buchstabe f des Sonderausschusses „Verfassungsreform“ zur Neufassung des schleswig-holsteinischen Konnexitätsprinzips

Landtag Schleswig-Holstein, Drs. 14/1245, S. 18.

hervor, die lautet: „Wegen des Budgetrechts des Landtages reicht es aus, wenn bei spezialgesetzlichen Regelungen der finanzielle Ausgleich im selben Haushaltsjahr erfolgt. Soll der finanzielle Ausgleich über das Finanzausgleichsgesetz (FAG) geregelt werden, hat er spätestens im folgenden Haushaltsjahr zu erfolgen, und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Aufgabenübertragung.“ Die Kommunen können

demnach frühestens klagen, wenn sie feststellen, dass sich im FAG des auf die Aufgabenübertragung folgenden Haushaltsjahres keine Regelung über den finanziellen Ausgleich findet. Denn dann steht fest, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht treffen will.

Zulässiger Beschwerdegegenstand ist damit für die Mehrbelastungen, die zwischen dem 16. und 31. Dezember 2008 entstanden sind, das FAG für das Haushaltsjahr 2009. Für die Mehrbelastungen der Jahre 2009, 2010 und 2011 sind es die Finanzausgleichsgesetze für die Haushaltsjahre 2010, 2011 und 2012.

Die Mehrbelastungen, die im Jahr 2010 entstanden sind und derzeit im Jahr 2011 entstehen, kann der Gesetzgeber noch in den Finanzausgleichsgesetzen für die Haushaltsjahre 2011 und 2012 berücksichtigen. Eine Klage wäre erst möglich, wenn sich herausstellt, dass dies nicht passiert.

### **c. Beschwerdebefugnis**

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der Kommunalverfassungsbeschwerde ist, dass der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Selbstverwaltungsrechts aus Art. 46 Abs. 1 und 2 LV SH geltend machen kann.

Für die Konnexitätsprinzipien anderer Bundesländer haben die jeweiligen Landesverfassungsgerichte festgestellt, dass eine Verletzung im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann, da es sich um spezielle Ausprägungen des Selbstverwaltungsrechts handele.

VerfGH NRW, NVwZ-RR 2011, 41 (42); VerfG Bbg v. 15.06.2006, AZ 58/04 – LKV 2006, 506 nur Leitsätze; VerfGH Bayern v. 06.02.2007, AZ: Vf. 14-VII-04 – DVBl 2007, 706 nur Leitsätze; implizit: HessStGH, NVwZ-RR 2011, 265 (266).

Bezüglich Art. 49 Abs. 2 LV SH gibt es zwar noch keine diesbezügliche Rechtsprechung. Da aber auch das Konnexitätsprinzip in Schleswig-Holstein der Sicherung der Leistungsfähigkeit und Wahrung der Finanzhoheit der Kommunen dient, ist bei einer Verletzung von Art. 49 Abs. 2 LV SH auch das Selbstverwaltungsrecht verletzt.

Vgl. Groth, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verf SH, Kommentar, 2006, Art. 49, Rn. 20 noch zur Rechtslage vor 2008, nach der das Bundesverfassungsgericht als Landesverfassungsgericht tätig wurde.

Kreise oder kreisfreie Städte, die eine Kommunalverfassungsbeschwerde erheben, müssten darlegen, selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen zu sein.

BVerfGE 71, 25 (34 ff.).

Die Unmittelbarkeit wäre in der vorliegenden Konstellation gegeben, da das jeweilige FAG das Konnexitätsprinzip und damit das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen unmittelbar verletzt und es keines weiteren Umsetzungsaktes bedarf.

#### **d. Beschwerdefrist**

Die Kommunalverfassungsbeschwerde muss gemäß § 47 Abs. 2 LVerfGG SH binnen eines Jahres seit dem In-Kraft-Treten „des Gesetzes“ erhoben werden. Das Gesetz, auf dessen In-Kraft-Treten es ankommt, ist angesichts der Ausführungen zum Beschwerdegegenstand das jeweilige Finanzausgleichsgesetz. Der Ausgleichsanspruch der Kreise und kreisfreien Städte besteht, wie oben festgestellt, in materieller Hinsicht seit dem 16. Dezember 2008, wobei für die Jahre 2010 und 2011 (noch) kein Beschwerdegegenstand vorhanden ist.

Das FAG für das Haushaltsjahr 2009, in dem der finanzielle Ausgleich für die Aufgabenerfüllung zwischen dem 16. und dem 31. Dezember 2008 hätte geregelt werden müssen, ist in seiner endgültigen Fassung im Jahr 2009 in Kraft getreten, sodass unabhängig vom genauen Beginn der Beschwerdefrist, diese bereits abgelaufen ist. Der Ausgleichsanspruch für die Jahre 2009 kann dagegen noch im Wege der Kommunalverfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Das insofern maßgebliche FAG für das Haushaltsjahr 2010 ist im Jahr 2010 mehrfach geändert worden. Die letzte dieser Änderungen erfolgte durch das „Haushaltsbegleitgesetz zum Haushaltsplan 2011/2012“ am 17. Dezember 2010

GVOBl. S. 791.

Dementsprechend würde die Beschwerdefrist am 17. Dezember 2011 ablaufen. Allerdings hätte es bis zum 31. Dezember 2010 zu weiteren Änderungen des FAG kommen können, denn das FAG wird regelmäßig mehrfach unterjährig geändert (z.B. dreimal im Jahr 2009, zweimal im Jahr 2010). Die Kommunen konnten folglich erst am 31. Dezember 2010 wissen, dass die beanspruchte Ausgleichsbestimmung für das Haushaltsjahr 2009 nicht erfolgen würde, sodass auch erst zu diesem Zeitpunkt erstmals die Verfassungsbeschwerde möglich gewesen wäre. Es erscheint deshalb sachgerechter, als Fristbeginn den 31. Dezember 2010 und als Fristende den 31. Dezember 2011 anzusehen.

Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens ist eine Verfassungsbeschwerde zur Rüge des fehlenden finanziellen Ausgleichs für das Jahr 2008 jedenfalls verfristet, während die entsprechende Rüge für das Jahr 2009 noch möglich ist.

## **E. Zusammenfassung in Thesen**

1. Die Kreise und kreisfreien Städte in Schleswig-Holstein sind nicht zur Erfüllung der Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen verpflichtet. Zuständig ist vielmehr das Land Schleswig-Holstein.

2. Der Landesgesetzgeber ist zwar nach wie vor berechtigt, die Aufgabe auf die Kreise und kreisfreien Städte zu übertragen. Damit würde er allerdings den Tatbestand des Art. 49 Abs. 2 LV SH erfüllen, sodass ein Anspruch der Kommune auf Ausgleich der Mehrbelastungen entstehen würde.

3. Die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen haben zukünftig Anspruch darauf, dass das Land ihnen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag die Aufwendungen ersetzt, die ihnen daraus erwachsen, dass sie die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen erfüllen.

4. Daneben haben die Kreise und kreisfreien Städte sowie andere Kommunen einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch darauf, dass das Land den Vermögensvorteil an sie herausgibt, den es dadurch erlangt hat, dass sie seit dem 16. Dezember 2008 die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen erfüllen.

Nur hilfsweise:

5. Geht man von einer bestehenden Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte für die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestellen aus, haben sie im Hinblick auf die durch das KiföG entstandenen Mehrbelastungen Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich der Kosten durch das Land.

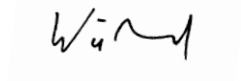
6. Ein Verpflichtet-Werden der Kreise und kreisfreien Städte im Sinne des Art. 49 Abs. 2 LV SH fand am 16. Dezember 2008 statt, als § 69 Abs. 1 SGB VIII n.F. in Kraft trat und die bis dahin rein deklaratorische landesrechtliche Trägerbestimmungsnorm konstitutive Wirkung entfaltete. Insofern kommt es allein darauf an, dass das Land seitdem Verursacher der bestehenden Verpflichtung der Kommunen ist.

7. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn und Zweck des Konnexitätsprinzips der LV SH ist es entscheidend, ob die Zuständigkeit unmittelbar durch ein aktives Tun des Landes(-gesetzgbers) bewirkt wurde oder ob ein „unmittelbarer zeitlicher

Zusammenhang“ zwischen dem Erlass der Trägerbestimmungsnorm und dem Entfalten ihrer konstitutiven Wirkung bestand.

8. Der Ausgleichsanspruch ist wie folgt zu ermitteln: Von den Kosten, die die Aufgabe der Förderung von Kindern in Kindertagesstätten und Tagespflegestätten nach In-Kraft-Treten des KiföG bzw. der Änderungen des SGB VIII verursacht, sind diejenigen Kosten abzuziehen, die diese Aufgabe bereits vorher mit sich gebracht hat. Der Anspruch besteht seit dem 16. Dezember 2008 und ist rückwirkend zu leisten.

9. Ihren jeweiligen Ausgleichsanspruch können die Kreise und kreisfreien Städte im Wege einer Kommunalverfassungsbeschwerde durchsetzen, soweit er seit dem 1. Januar 2009 entstanden ist.



(Prof. Dr. Wieland)